

Parte Geral do Novo Código Civil

MOREIRA ALVES

Ministro do Supremo Tribunal Federal e membro da Comissão do Projeto do Novo Código Civil

Senhoras e Senhores, é com muita satisfação que venho, nesta manhã, fazer uma explanação geral a respeito da Parte Geral do novo Código Civil.

Depois de mais de 25 anos, o projeto do Novo Código Civil, que foi para o Congresso em 1975, teve afinal sua sanção, transformando-se no Novo Código Civil, que, de acordo com disposição nele contida, deverá ter o prazo *vacatio legis* de um ano.

É preciso desde logo salientar que esta circunstância de o projeto ter tramitado pelo Congresso Nacional por pouco mais de 25 anos, não é de espantar ninguém. Basta atentarem os senhores para que, por exemplo, o Código Civil Português de 1967 demorou 22 anos entre a sua elaboração inicial e a sanção final. O próprio Código Civil Alemão - BGB, o primeiro projeto de 1874, somente foi aprovado em 1896, para entrar em vigor em 1900. É certo que os códigos que são feitos e entram em vigor rapidamente são aqueles dos períodos de ditadura. Assim, por exemplo, o Código Francês de 1804, se não fora a pessoa de Napoleão, que chegou inclusive a presidir inúmeras sessões com a comissão que elaborara o anteprojeto, esse não haveria saído. O Código Italiano de 1942 também saiu, graças à decisão política do então dirigente da Itália, Mussolini.

Por isso, quando se fala que este nosso, novo Código já nasceu obsoleto, isso é, evidentemente, muito relativo, tendo em vista a circunstância de que o projeto teve uma tramitação longa pela Câmara dos Deputados, depois passou

muito tempo parado no Senado, mas em seguida houve um trabalho realmente insano por parte do relator-geral da comissão, que o examinou - o Senador Josaphat Marinho e, finalmente com o projeto de volta à Câmara, também graças ao esforço do Deputado Ricardo Fiúza, foi possível concluir essa elaboração legislativa para termos o novo Código Civil, que muitas vezes é considerado obsoleto por não ter tratado de questões, que ainda são altamente polêmicas, a respeito das quais, obviamente, há necessidade, primeiro, de uma legislação extravagante de experimentação. Chegou-se até a falar que ele deveria considerar assuntos como a clonagem, a fertilidade *in vitro*, a engenharia genética, e coisas dessa natureza, quando é certo que tudo isso demanda uma série de reflexões e de esforços. Mesmo nos países em que já legislaram sobre esses temas, as legislações estão em verdadeira fase experimental, tendo em vista as circunstâncias de que a própria ciência tem sérias dúvidas a respeito desses problemas.

O Código Civil não foi feito para servir de lei de experimentação. O Código Civil não é, evidentemente, uma lei perene, mas uma lei que deve ter uma permanência bem maior, tendo em vista que se trata de um sistema. Falo hoje isso sem qualquer *parti pri*, porque apesar da apresentação do meu dileto amigo Desembargador Manes, eu há muitos anos pouco estudo direito civil, tendo em vista a circunstância de que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte eminentemente de direito público, e com “aquela” sobrecarga de trabalho. No ano passado foram distribuídos quase 100.000 processos para 10 ministros, o que, ob-

Palestra proferida no Seminário realizado em 15.02.2002.

viamente, nos torna muito difícil um estudo aprofundado de direito civil. Quando digo que o Código Civil é sem dúvida alguma “O Código”, é porque, na realidade, ele é uma legislação altamente complexa, e mais: é uma verdadeira constituição do homem comum, tendo em vista que disciplina as nossas relações jurídicas antes do nosso nascimento – com relação ao nascituro – e até depois da nossa morte. Conseqüentemente, diz de perto com toda a vida do ser humano.

Quando a comissão elaboradora do anteprojeto, supervisionada pelo Professor Miguel Reale, se reuniu pela primeira vez em 1969, partiu do princípio de que era orientação do governo de então (e a meu ver absolutamente correta), que se redigisse não uma reforma parcial do Código Civil, mas se fizesse uma revisão apenas com as modificações que se afigurassem necessárias. Daí a razão pela qual os senhores verificam que foi conservado tudo aquilo que merecia ser, tendo em vista a circunstância de que mesmo a evolução do mundo moderno não havia se alterado com relação à sua disciplina.

Na Parte Geral, os senhores verificam que há vários dispositivos que são cópia *ipsis litteris* do Código Civil, até por uma circunstância: é sabido que uma das grandes tragédias de qualquer legislação nova é justamente o fato de que, se alterar uma vírgula, jorram dezenas, centenas, milhares de páginas de intérpretes para se saber qual foi a intenção oculta daquela modificação, quando muitas vezes trata-se de um erro de dactilografia.

De certo que, por isso buscou-se conservar tudo aquilo que merecesse ser conservado, apenas modificar aquilo que devesse ser modificado. Enfim, inovar não apenas por inovar, mas apenas quando necessário fosse. O novo Código Civil mantém em suas linhas estruturais o sistema do Código que ainda continua em vigor, a ser revogado. Farei alusão a ele como o Código de 1916. O sistema é o germânico,

embora na Parte Especial, sabem os senhores, Clóvis Beviláqua não seguiu a ordem do BGB (Código Civil Alemão) que começa com as obrigações, em seguida passa para as coisas, família e sucessões.

Clóvis Beviláqua, filosoficamente, começou pela família, porque entendeu que as relações do homem com a família deveriam ser colocadas em primeiro plano. Em seguida, passou ao direito das coisas, ou seja, da relação material entre pessoa e coisa (ou bem) e em terceiro lugar, colocou no Código de 1916 a disciplina do direito das obrigações, as relações jurídicas entre pessoas, e, finalmente, o direito das sucessões como parte final da Parte Especial, precedida ela de uma Parte Geral em que se tratou, em três Livros, das Pessoas, das Coisas e dos Fatos Jurídicos.

Em linhas gerais, o que sucede com o novo Código é isso: manteve-se essa sistemática e apenas com relação à Parte Especial se afastou dela para seguir o BGB. Obrigações - com o direito das empresas, depois Coisas, depois Família e finalmente Sucessões.

Na Parte Geral, a que nos interessa hoje, verifica-se que, em vez de se constituir um Livro só, manteve-se o sistema do Código Civil, o de três Livros. O primeiro deles, o das Pessoas; o segundo, o dos Bens (não se fala mais em coisas ou bens, se fala apenas em bens) e, finalmente, o terceiro Livro, sobre os Fatos Jurídicos onde se trata primordialmente da figura do negócio jurídico.

Com relação às inovações que se apresentam na Parte Geral, e quero salientar, uma vez mais, que continuou a existir, não pelo fato de haver elaborado o anteprojeto da Parte Geral do Código Civil.

Estou convencido de que fui escolhido pelo Professor Miguel Reale para integrar a Comissão, em virtude de uma Aula Magna em que examinei o Código Civil Português, principalmente no tocante à sua Parte Geral - eu era, na época, o mais jovem catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo. Sali-

entei justamente que considerava que embora a maioria dos Códigos não tenha a Parte Geral (até por influência do Código Civil francês), no entanto, esta parte geral é absolutamente indispensável para um sistema que siga aquela fórmula realmente artística e científica dada por Lafayette, no sentido de que o sistema deve partir justamente de princípios que vão esclarecer os princípios que se seguem, numa ordem de sucessão da facilidade para a dificuldade.

Com relação à Parte Geral, o que se observa é que nela se trata dos princípios gerais, que depois são aplicados na Parte Especial. Tanto assim, que os senhores verificam, por exemplo, que em negócio jurídico - ao contrário do que ocorre com a maioria dos códigos que examinam os princípios relativos a ele na teoria do contrato - depois é preciso aplicar essa teoria por analogia aos demais negócios jurídicos que não se encontrem no direito das Obrigações, e portanto naquele fragmento da Parte Especial. Mas vamos fazer uma análise, evidentemente perfunctória, sobre as principais inovações contidas nessa Parte Geral do novo Código Civil.

O Livro I continua a tratar das pessoas como sujeitos de direito. Aí notamos que há algumas observações que merecem destaque. Quero dizer de início que a substituição do termo “ser humano” por “pessoa” não foi de minha lavra, até porque quanto ao artigo 2º quando diz “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...”, eu pergunto: e a da pessoa jurídica? Será que ela também nasce com vida? O problema aqui foi que o vocábulo “homem” não podia ser utilizado, porque seria machismo; “ser humano” também não podia, porque de alguma forma se vinculava a “homem” e “humano” vindo de **homo**, e, conseqüentemente, não podia ser nem homem, nem ser humano, e também quanto a dizer “homem e mulher” acharam que não ficaria bem. Assim, decidiram usar o vocábulo “pessoa”.

Nesse Livro concernente às Pessoas, vamos destacar alguns aspectos. Em

primeiro lugar, o problema da incapacidade de fato.

O artigo 3º salienta que:

“São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos”.

Mais adiante veremos que a modificação que se fez foi em relação à maioridade e não ao problema do absolutamente incapaz, menor de 16 anos.

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Afastou-se, no inciso II, a expressão “loucos de todo o gênero”, assim como se afastou a figura única do surdo-mudo sem poder exprimir a sua vontade e se foi além: admitiu-se inclusive em casos de paralisia (que na maioria das vezes é permanente, mas pode ser transitória), e por isso se determinou no inciso III - “mesmo por causa transitória”. Essa expressão é para abarcar aqueles casos em que a pessoa durante um certo lapso de tempo não pode exprimir, de forma alguma, a sua vontade.

Lembro-me de um caso dramático de um colega de faculdade, Professor Oscar Barreto, que sofreu uma paralisia total e apenas se comunicava pelo abaixar e levantar das pálpebras, maneira pela qual dava sinais de estar lúcido, porém impossibilitado de exprimir a sua vontade. Sua esposa combinou com ele que uma piscada significaria sim, e duas, não. Em casos dessa natureza, portanto, temos uma hipótese de absolutamente incapaz, evidentemente, enquanto permanecer a causa transitória.

Por outro lado, com relação ao artigo 4º - e aí vem a disciplina dos relativa-

mente incapazes - temos os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos. Eu sempre fui voto vencido com relação ao problema da idade. Considero que, quanto mais se complicam as relações jurídicas no mundo, mais se tende a baixar a idade para efeito de capacidade. Partindo-se do falso pressuposto de que manter-se uma idade, como era o caso da idade de vinte e um anos, significaria uma **capitis diminutio**. Então surgem aqueles exemplos clássicos: se é possível ir para a guerra, morrer na guerra, dirigir automóvel aos dezoito anos, por que não pode ter capacidade de fato para regular toda sua vida civil? Eu sempre fui defensor de que fossem mantidos os vinte e um anos, o que na comissão prevaleceu, mas o relator Josaphat Marinho, nas inúmeras vezes em que nos encontramos em meu gabinete, convenceu-me de que não havia possibilidade de que fossem mantidos os vinte e um anos, porque a tendência mundial era no sentido de se baixar essa idade para os dezoito anos.

Lembro-me até de um fato curioso, quando, fazendo uma explanação na Câmara dos Deputados, a Deputada Rita Camata perguntou-me: - “o que o senhor me diz dos dezoito anos?” Eu lhe respondi que fui contra, e ela disse: - “Graças a Deus encontrei alguém que pensasse como eu”. Eu lhe respondi: - “E veja que a senhora não é como eu, que sou conservador, a senhora é uma liberal!”

Continuando com os incisos:

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

IV – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

Manteve-se a figura dos pródigos e se retirou, na parte das incapacidades absolutas, a indicação dos ausentes, tendo em vista a circunstância de que o ausente não é propriamente incapaz, tanto que, no lugar onde ele estiver presente, ele continua capaz. Assim, tecni-

camente, não tinha sentido mantê-lo como absolutamente incapaz.

Por outro lado, o parágrafo único determina que a capacidade dos silvícolas - também se achou que essa expressão de certa forma era discriminatória com relação aos índios - será regulada por legislação especial.

No artigo 7º, disciplinou-se (o que não ocorre no Código Civil de 1916) a morte presumida sem ser o caso de ausência. Ou seja: quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida e se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Mais adiante há todo um capítulo sobre os direitos da personalidade, a respeito dos quais o nosso Código Civil de 1916 nada abordou. Aliás, isso não foi por culpa de Clóvis Beviláqua. Saibam os senhores que essa categoria dos direitos da personalidade, até o final do século passado, era uma categoria bastante contestada por vários autores, considerando que não era possível que, ao mesmo tempo, alguém fosse sujeito e objeto de direito. Só mais adiante é que se firmou a distinção entre a personalidade global e aspectos da personalidade, e, conseqüentemente, esses direitos de personalidade têm como objeto não a personalidade globalmente considerada, mas apenas aspectos da personalidade.

E procurou-se dar uma disciplina que segue de perto a do projeto revisto de 1965, do Professor Orlando Gomes. Vejam os senhores que também não houve nenhuma vaidade no sentido de se dizer: “Não! Aquilo que também nos projetos anteriores se apresentava (ou pelo menos na época foi redigido como merecedor de acolhimento), foi acolhido.” É certo que há um artigo, o de número 21, que não vem do projeto do Professor Orlando Gomes, nos outros, há pequenas modificações relativas ao problema da inviolabilidade da vida privada da pessoa natural.

Em seguida, com relação à ausência, segue-se, em linhas gerais, o que

está no Código Civil. Destaco a mais importante referência, por ser inovadora, e parece-me que atende a um critério de justiça - a do parágrafo único do artigo 33 “se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos.”

Segue-se o tratamento das pessoas jurídicas.

Com relação a estas, manteve-se no Código Civil a disciplina genérica das pessoas jurídicas de direito público. Isso em decorrência da circunstância de que, embora não fosse evidentemente uma matéria de direito civil, entendeu-se que seria conveniente esta manutenção, dado à circunstância de não termos um código relativo ao direito público, no qual essa matéria fosse inserida. O que, aliás, também ocorre com relação aos bens públicos, que também foram mantidos à semelhança do que ocorre no Código de 1916.

Mas os senhores verificam que há algumas modificações. Assim, por exemplo, no artigo 41, inciso IV, alude-se às autarquias, e no inciso V: “as demais entidades de direito público criadas por lei.” Este é um princípio que se encontra no Código mexicano e que tem a vantagem de, se por ventura, a atividade criadora dos publicistas fizer surgir um novo tipo, já se enquadra, genericamente, nesse inciso.

Por outro lado no artigo 44, os senhores observam que não se alude mais àquela literal sinonímia entre **sociedade** e **associação**. O Código Civil fala em associações ou sociedades quando, na verdade, são pessoas jurídicas distintas, tanto é que se colocam as associações, as sociedades e as fundações.

No parágrafo único do referido artigo, há um dispositivo que decorre justamente do tratamento que se deu às associações (o que não se encontra no Código Civil), estabelecendo que ao invés de os princípios das sociedades se aplicarem por analogia às associações, fez-

se o contrário: os princípios das associações é que, subsidiariamente, se aplicam às sociedades, que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código que diz respeito ao Direito das Empresas, que era a antiga atividade negocial do projeto encaminhado ao Congresso.

Em um capítulo inteiro, Capítulo II, os senhores encontram um tratamento pormenorizado das associações, inclusive com a admissão (admissão essa de longa data na doutrina e na jurisprudência) da despersonalização da pessoa jurídica para o efeito de que o associado não se ocultasse atrás da pessoa jurídica.

Com relação às fundações, há um preceito de importância no parágrafo único do artigo 62: “a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.” Não se admitem mais as fundações com finalidade de natureza puramente econômica. Na disciplina das fundações, há algumas modificações que o tempo, evidentemente, não me permite fazer uma análise maior, daí a razão pela qual aludo a essa regra, que é, sem dúvida, a mais importante das inovações.

Segue-se o título concernente a domicílios, onde há duas modificações importantes. A primeira delas: deixou de haver aquela duplicidade de conceitos de domicílio, ou seja, residência com intenção de permanência e centro habitual de atividades. Não há mais que se falar nessa duplicidade de domicílio para os mesmos efeitos, tanto que se considera que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo. No entanto, mais adiante, manteve-se, no artigo 72, como uma parcela daquele centro de atividades habituais e se estabelece um verdadeiro domicílio profissional para as relações jurídicas decorrentes da profissão da pessoa. Dizendo o artigo 72: “É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.” Aqui é quase que um “pandam” com relação às pessoas jurídicas no que diz respeito

às agências ou filiais, com relação, evidentemente mais restrita, apenas às relações profissionais. No mais, conservaram-se os princípios do Código de 1916.

No livro II - Dos Bens, partiu-se para a adoção apenas da expressão **bens**, sendo certo que esse conceito de bens não se identifica com o de **coisas**. Então, preferiu-se ficar apenas no conceito de bens. Por outro lado, nesse Livro concernente aos bens, os senhores observam que, em virtude da admissão expressa à figura da pertença, retiraram-se da enumeração dos bens imóveis os bens imóveis por destinação.

É preciso salientar o seguinte: vejam os senhores que o Código Civil não é código para se inovar por inovar, nem para se fazer doutrina. É justamente para retratar aquilo que já está estratificado na jurisprudência e na doutrina, salvo, evidentemente, se houver algum motivo de grande relevância para se apresentar uma inovação. Com relação a conceitos técnicos, evidentemente, isso aqui não é livro de doutrina para se defenderem teses. Daí a razão pela qual certas inovações são no sentido de ingressar termos agora em lei expressa, o que, obviamente, facilita o trabalho não só dos advogados, do Ministério Público, como também dos próprios juízes, porque não há mais necessidade de se invocar doutrina nem jurisprudência, basta invocar o texto legal.

Com relação aos bens divisíveis, o Código de 1916 tinha uma imperfeição por falta, por omissão. Ele dizia: “Coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito.” É aquela hipótese de um indivíduo que deixa, após a sua morte, um brilhante de, por exemplo, 500 quilates, único no mundo, com 10 herdeiros e um “espírito de porco” entre eles que diz: “bem, isso aí é divisível, porque é fracionável e cada fração conserva a sua parte, então vamos dividir.” E com isso, obviamente, 10 diamantes de 50 quilates cada um valem muitíssimo menos que um único de 500 quilates. Por outro lado, tam-

bém, o prejuízo do uso a que se destinam; é o caso de um terreno que seria dividido em várias partes, e ficaria, por exemplo, com uma frente de 2 metros por 50 metros de fundos, obviamente viraria um corredor.

Com isso, ingressa agora no texto legal aquilo que sempre se seguiu em doutrina e jurisprudência.

Há que salientar que, em relação aos bens singulares e coletivos, observa-se que no artigo 90 conceitua-se a figura da universalidade de fato; e no artigo 91, a universalidade de direito, o que não se encontra no Código de 1916.

Em relação aos bens reciprocamente considerados, há uma inovação importante: a do artigo 93 no que diz respeito às pertenças. O que é amplamente utilizado. Sabem os senhores, por exemplo, que quando se vende um automóvel, aquilo que a doutrina germânica chama de pertenças (tapetes, ferramentas, certas coisas que são acessórias) deveriam seguir a condição do principal, no entanto não seguem, salvo se houver declaração expressa nesse sentido. Essas coisas acessórias que não seguem o principal são as pertenças, daí dizer o artigo 93:

“São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao afomoseamento de outro.”

Por isso mesmo é que não se fala mais em imóvel por destinação, tendo em vista a adoção da figura da pertença.

Segue-se agora um dos pontos mais complexos da Parte Geral: os relativos aos fatos jurídicos com relação ao negócio jurídico. Manteve-se a denominação do livro III como **Dos Fatos Jurídicos**, porque, embora a grande maioria dos princípios diga respeito a uma das espécies de ato jurídico, que é o negócio jurídico, é certo que continua nesse Livro o tratamento de Fatos Jurídicos. Assim é com relação ao problema da prescrição e da decadência e com relação ao problema

da prova, tendo em vista a circunstância de que a prova não é apenas de negócio jurídico, mas de qualquer fato jurídico.

Neste Livro III, a parte mais complexa é, sem dúvida, a relativa ao negócio jurídico. Adotou-se essa nomenclatura, afastando-se a de ato jurídico do Código Civil, porque o Código de 1916, quando foi elaborado, embora Clóvis Beviláqua fosse muito apegado aos autores alemães, nesse particular seguiu a orientação francesa. Não adotou a figura do negócio jurídico, talvez por considerar que era uma figura muito técnica, no sentido de muito abstrata. Adotou então a técnica, que vem do Código de Napoleão, de falar em ato jurídico, como se todos os atos que produzissem efeitos jurídicos fossem atos jurídicos.

Lembro-me de que, quando estudante de Direito, escrevi um artigo para um livro, uma coletânea de trabalho, que é a vergonha de minha vida. Eu dizia ali que não podia entender quando se falava nos requisitos e na validade e se exigia: a capacidade das partes, objeto lícito, possível, determinado e forma prescrita ou não defesa em lei. “Não dá para entender, será que na ocupação, por exemplo, quando Joãozinho vai pescar um peixe é possível exigir-se capacidade das partes para efeito de anular essa pescaria que ele fez? Ou no caso de Mariazinha que vai ao bar da esquina para comprar um picolé com trocados dados por sua mãe? Isso sendo um contrato, obviamente, daria margem à aplicação: incapaz absolutamente de fato – nulidade, daria margem para que se perguntasse: será que caberia representação pelo pai ou pela mãe? E se não os tivesse, caberia ao tutor?” Por isso mesmo, ainda estudante, escrevi esse artigo, quando ainda não se falava nisso.

Na doutrina brasileira, não conheço nenhum trabalho daquela época em que se tratasse dessa matéria. Problema aliás, que mesmo na doutrina germânica, os senhores só vão encontrar a partir de Savigny, e portanto, a partir do corifeu da Escola Estóica, os

primeiros acenos a esse respeito. Sendo que mesmo nos pandectistas do final do século, os senhores não encontram nenhuma teoria sobre as diferentes espécies dos atos jurídicos, que não aquele disciplinado pelo Código de 1916, em que na técnica germânica usou-se o termo correspondente de negócio jurídico.

Vamos encontrar estudos mais aprofundados a esse respeito somente depois da promulgação de nosso Código Civil, graças a um grande civilista alemão que foi Manick, que escreveu vários trabalhos a esse respeito, e a um então jovem civilista austríaco, Peter Klein, que também escreveu um livro sobre as atuações humanas que não eram negócios jurídicos, mas sim atos jurídicos diversos do negócio jurídico.

Essa distinção é importante, e por isso mesmo, a disciplina do negócio jurídico, exigiu que se fizesse aquilo que o Código Civil Português de 1967 fez, ou seja: abrir um título para os atos jurídicos lícitos que não sejam negócios jurídicos. Este título deu margem a enorme discussão no Brasil, inclusive por grandes civilistas brasileiros que sustentavam que era um absurdo falar em ato jurídico lícito como se houvesse um ato jurídico ilícito, e tendo em vista a circunstância de que todo ato jurídico seria lícito e todo ato ilícito não seria jurídico. Isso evidentemente é absolutamente falho por uma circunstância: o crime por ventura não é um instituto jurídico? E por que isso? Porque obviamente são atos jurídicos todos os atos que produzem algum efeito jurídico, conseqüentemente, como diria Pontes de Miranda, são os atos que entram no mundo do direito. Daí a razão pela qual os atos jurídicos podem ser lícitos como ilícitos, por isso colocar-se nesse título: Dos Atos Jurídicos Lícitos.

Dirão alguns: “mas por que não se falou então em atos jurídicos ilícitos?” Para manter a nomenclatura do Código, tendo em vista a circunstância de que esta expressão “atos ilícitos” é uma expressão elíptica, ocorre que também aqui estamos diante de

atos jurídicos, porém diante de atos jurídicos praticados em desconformidade com a lei ou com os bons costumes. Essa alusão aos outros atos jurídicos foi feita com certo caráter didático. Sabem os senhores que Código não é livro de escola, mas tem também um caráter didático em matéria dessa relevância, porque, graças aos estudos que começaram principalmente com Manick e com Klein, verificou-se que não era mais possível adotar-se, tecnicamente, aquela generalidade da expressão ato jurídico, como se fosse tudo a mesma coisa, tendo em vista o fato de que distinguimos nitidamente espécies de atos jurídicos que apresentam uma disciplina diversa. E mais: alguns atos aparentemente são jurídicos, mas na realidade são fatos jurídicos no sentido estrito. Para sintetizar, é uma matéria que demandaria uma explanação muito maior, pois os senhores encontram hoje, em geral, a doutrina aludindo a três tipos de ato jurídico. Sendo que o terceiro nem sequer é propriamente ato jurídico. Aquilo que os alemães chamam de atos-fato jurídico, que foi a nomenclatura adotada por Pontes de Miranda no Brasil. Na Itália, Cariota Ferrara, por exemplo fala em meros atos jurídicos. Os chamados atos jurídicos em sentido estrito, apresentam uma particularidade: alguns são bastante semelhantes ao negócio jurídico, outros são bem diversos. Finalmente o negócio jurídico. A diferença entre eles se faz ou pela análise da vontade, ou pela análise da disciplina que se lhe dá.

Com relação aos negócios jurídicos, são atos jurídicos que exigem, necessariamente, uma vontade qualificada que, pelo princípio da autonomia da vontade, permite que as partes dêem conteúdo a esse ato jurídico desde que, evidentemente, não seja ele contrário às leis e aos bons costumes. Mas essa vontade, chamada negocial, tem que ser qualificada justamente por isto: porque graças a ela é possível dar-se conteúdo. Por isso mesmo, na chamada teoria objetiva do

conceito de negócio jurídico, diz-se que o negócio jurídico é a auto-regulamentação das relações entre as partes, conseqüentemente é normativo, no sentido de se criarem normas para disciplinar as relações entre as partes, relações que decorrem desse negócio jurídico. Daí a razão pela qual verificamos que toda aquela disciplina que vem nos capítulos concernentes aos atos jurídicos do Código de 1916, na realidade, aplica-se ao negócio jurídico. Ou seja: àqueles atos jurídicos que necessitam de uma vontade qualificada e mais – que, pelo princípio da autonomia da vontade, podem dar, até certo ponto, conteúdo a esse ato jurídico praticado.

Temos os atos jurídicos em sentido estrito e aí há uma subdivisão: alguns demandam apenas consciência, não exigem sequer vontade (assim, por exemplo, é o caso da ocupação), adquire-se a propriedade quando alguém se apodera de coisa sem dono. Ora, o apoderar-se significa ato de assenhoreamento e para isso é preciso que haja consciência. Então o recém-nascido, por exemplo, se segurar uma varinha de pesca e, durante aquele período de tempo em que está agarrado àquela vara, se for fígado um peixe, este não será dele. Mas um garoto de 5 ou 6 anos, que já tenha consciência, embora não sabendo o que é o direito de propriedade, ele sabe que está pescando aquele peixinho para levar para sua mãe fritar. Conseqüentemente, nesse último caso, já temos que ele se torna proprietário bastando apenas a simples consciência. Não se aplicam, é claro, a esses atos, aqueles princípios que dizem respeito ao negócio jurídico, como a representação, problema de capacidade, de autonomia da vontade, enfim, todos aqueles dispositivos que, como se verifica pelo próprio exame dos atos jurídicos, aplicam-se apenas àqueles que necessitam de uma vontade qualificada, com a possibilidade de ela dar conteúdo negocial a este ato jurídico.

Mas ao lado desses atos jurídicos em sentido estrito, para os quais basta

a consciência, há outros em que há necessidade não apenas da consciência, mas até da vontade qualificada. Embora isso seja bastante controvertido, a meu ver, é a categoria em que se pode encaixar a figura do ato jurídico do casamento, em virtude do qual nasce a relação jurídica do casamento. Esse ato jurídico exige vontade qualificada, não há dúvida alguma. Mas pergunta-se: é possível aos nubentes darem conteúdo a esse ato ou o conteúdo desse ato é dado estritamente pela lei? Há autonomia da vontade? Há a possibilidade de as partes modificarem os efeitos legais que são atribuídos ao casamento, como, por exemplo, casar-se sob a condição de se dissolver o casamento, se um dos cônjuges deixar de gostar do outro após certo tempo, ou casar-se a termo?

Vejam os senhores que todos aqueles princípios que dizem respeito à autonomia da vontade, não se aplicam. Não há a chamada vontade negocial, de modo que fica difícil sustentar que o casamento seja um contrato. Além disso, essa figura do contrato não atenderia ao casamento, tendo em vista a circunstância da necessidade daquilo que a doutrina geralmente chama de testemunha qualificada, que é a presença de um sacerdote (no caso do casamento religioso depois convertido em casamento civil) e a presença de uma autoridade civil com poder para celebrar o casamento. O ato complexo, criado na Alemanha, diz que o casamento não é um contrato, porque se exige naquele essa vontade qualificada; seria sim um ato dos três, “ato complexo”, em que dois participavam ativamente e o outro era uma testemunha, embora uma testemunha tão qualificada que tinha que declarar os nubentes “casados”, pois sem essa declaração não haveria casamento. Vejam que esse ato jurídico é diferente daquele que se chama negócio jurídico, em que a principal espécie é justamente a do contrato. Nesses atos jurídicos em sentido estrito, quando se exige apenas consciência, não há maior problema porque aqui não há vontade negocial, não há possibilidade

de conteúdo negocial, e os efeitos desse atos são estritamente os efeitos legais. Quanto ao casamento, há uma série de princípios que se aplicam ao negócio jurídico com relação à vontade qualificada, e aí há uma observação digna de ser feita: os senhores reparem que os Códigos têm uma teoria sobre o casamento, uma teoria que se aparta, de certa forma, da teoria geral do negócio jurídico. Assim, por exemplo, não se admite dolo em matéria de casamento para efeito de anulação, isso devido àquele princípio francês: “*Qui a fait de mariage, trompe qui peut*”, ou seja, em se tratando de casamento, engana quem pode, e alguns mais satíricos diriam: enganado quem quer. Por outro lado, há casos de coação, que são típicos de casamento e não dos negócios jurídicos em geral. Nos Códigos há, portanto, um tratamento diferenciado do casamento com relação à Parte Geral concernente ao negócio jurídico, justamente por isto: certos princípios do negócio jurídico são aplicáveis, mas outros não o são, tendo em vista a circunstância de que, com relação aos efeitos, não havendo a autonomia da vontade no sentido de poder dar conteúdo ao ato, não temos que o casamento possa ser qualificado como negócio jurídico, pelo menos no meu entendimento, embora haja muitos que continuem a sustentar isso, mas com essa dificuldade: onde está a vontade negocial, que é absolutamente necessária ao negócio jurídico e ao contrato, que é a principal figura do negócio jurídico?

Finalmente, aquilo que na doutrina alemã é chamado, ao mais das vezes, de atos-fato, que outros chamam de atos de atuação. Mas esses atos-fato jurídico são, naturalisticamente, atos de vontade, mas juridicamente, não. Ou seja: a lei não leva em consideração, de forma alguma, a vontade de quem praticou o ato. O exemplo clássico é o da especificação: a do escultor louco, que pelo simples fato de ser louco não deixa de poder ser um gênio, e um dia verifica que no terreno do vizinho tem uma bela pedra de mármore informe, e ele,

que não é tão louco para pular o muro enquanto o vizinho estiver lá, espera que este saia em férias, e então pula o muro e esculpe uma belíssima estátua. Com isso, sucede que se torna proprietário, tendo em vista o modo de aquisição da especificação. Apesar de juridicamente não ter vontade e juridicamente não ter sequer consciência, daí a razão pela qual não se pode identificar esta ação humana com aquelas outras do garoto que pesca o peixe ou a do casamento, ou ainda outras em que haja efeitos estritamente legais, tendo em vista a circunstância de que lá há a necessidade de uma consciência ou a necessidade de uma vontade qualificada, embora os efeitos não sejam negociais. Aqui, não. A doutrina alemã chama de ato-fato, principalmente por isso: são ações humanas naturalisticamente, mas que juridicamente são consideradas como fato jurídico em sentido estrito, assemelhados, por exemplo, à queda de um raio em uma árvore que extingue o direito de propriedade. Por isso mesmo é que a esses atos-fato não se aplica nenhum dos princípios do negócio jurídico, ao contrário do que pode ocorrer em relação aos fatos jurídicos em sentido estrito.

Isso é importante inclusive sob um aspecto: aquele caso da compra do picolé pela criança, não há dúvida alguma de que é uma compra e venda, que a doutrina chama de compra e venda manual. Pergunta-se: por que essa compra e venda manual não é um contrato? Não é um contrato justamente por ser um ato jurídico em sentido estrito; aqui, basta a simples consciência e os efeitos são rigorosamente legais. Não é possível estabelecerem-se efeitos que não os que estejam na lei. Portanto, não há necessidade da vontade qualificada, basicamente por não haver sequer a autonomia da vontade e a lei, por isso mesmo, estabelecer que os efeitos são, puramente, os legais.

Esse exame, a meu ver, é importante, já que até hoje não se conseguiu fazer uma doutrina geral a respeito dos atos jurídicos em sentido estrito, como não se conseguiu também fazer uma te-

oria geral sobre os fatos jurídicos em sentido estrito. Tendo em vista, principalmente com relação aos atos jurídicos em sentido estrito, o fato de eles serem inumeráveis. Qualquer ato que produza efeitos legais, e portanto sejam atos jurídicos em que não haja vontade negocial, se enquadra nessa categoria. Ou necessitando de uma simples consciência, ou de uma vontade qualificada, embora essa vontade qualificada não dê margem à possibilidade de se estabelecer um conteúdo negocial. Daí a razão pela qual não há uma teoria geral a esse respeito. Por isso mesmo é que, naquele título relativo aos atos jurídicos lícitos, se diz que se aplicam aos atos jurídicos, que não são negócios jurídicos, tudo aquilo que for cabível. Compete, evidentemente ao juiz, tendo em vista a circunstância de que não seria possível fazer no Código algo que nem mesmo a doutrina consegue fazer. Faremos uma análise sobre o negócio jurídico, análise, evidentemente, sumária, destacando os pontos importantes.

Em primeiro lugar, é de se salientar que se mantém no Código atual a concepção subjetiva do negócio jurídico. Sabem os senhores, que ao lado da concepção subjetiva há uma concepção defendida por alguns grandes juristas, como Betti, na Itália, que adota uma teoria normativa, que é uma teoria objetiva do negócio jurídico. Em que se considera (também chamada concepção preceptiva) que do negócio jurídico não nascem propriamente relações jurídicas, e sim normas que autodisciplinam as relações que se estabelecem entre as partes em virtude do negócio jurídico. Essa doutrina, geralmente, não tem sido seguida pelos Códigos, que adotam, em geral, a concepção subjetiva. Não uma concepção subjetiva radical, em que se considera absolutamente predominante a chamada vontade interna, ou vontade interior, tendo em vista a circunstância de que, se assim fosse, seria muitas vezes quase impossível de se aferir exatamente, a não ser por meio de presunções. Muito mais que isso: afas-

tar-se-ia inclusive a possibilidade de a parte contrária saber qual seria esta vontade interna.

Jamais vingou uma teoria da concepção do negócio jurídico como sendo uma declaração de vontade, em que aquilo a que se devesse dar relevância seria apenas a declaração, tendo em vista também a circunstância de que essa teoria fosse absolutamente objetiva, de modo que muitas vezes a declaração não corresponderia àquilo que realmente as partes desejaram ou àquilo que se presumia que elas tinham desejado. Por isso mesmo é que a concepção subjetiva seguida aqui, e de certa forma era seguida no Código Civil (Eduardo Espíndola, por exemplo, sempre defendeu isso), era uma concepção subjetiva mitigada pela circunstância de que o declarante se auto-responsabiliza por uma declaração mal feita. E o declaratório tem a seu favor a confiança que emana para ele daquilo que foi declarado. Isso significa dizer que se continua a considerar que o elemento preponderante é a vontade (ao contrário do que ocorre com a concepção preceptista) mas não aquela vontade interna absoluta, não é aquilo que a doutrina chama de dogma da vontade, como vem desde Savigny no Século XIX. É uma concepção subjetiva mitigada, justamente porque se leva em consideração a declaração se ela foi mal feita e, conseqüentemente, por falha do declarante, ele se auto-responsabiliza por aquele defeito.

E com relação ao declaratório, ele tem a sua posição preservada desde o momento em que aquela declaração pôde gerar nele a confiança de que era uma declaração que devesse acolher. Isto decorre, inclusive, de alguns princípios que se adotam no projeto. Assim, por exemplo, o problema de uma modificação que se fez no artigo 85 do Código Civil de 1916, que era o único preceito relativo à interpretação com referência ao ato jurídico. O artigo 85 dizia o seguinte: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

Desde o manual de Paulo Lacerda, naqueles quatro volumes, que Eduardo Espíndola apresentou como comentários relativos aos atos jurídicos, ele já sustentava que embora se fale “se atenderá mais a sua intenção”, dizia ele: “Não é bem assim, isso não significa que seja o dogma da vontade interior. Deve ser interpretado esse dispositivo como se ele dissesse que se atende mais a intenção nas declarações de vontade consubstanciadas.” Essa crítica, a meu ver, é perfeitamente acolhível e, conseqüentemente, por isso é que se fez alteração que, aparentemente, muitos poderão dizer a mesma coisa, mas que não é. Isso justamente para mostrar que aqui não há teoria da vontade interna pura, dogma de vontade, tanto que se disse que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas.” Quer dizer: leva-se em consideração a intenção, pois da simples declaração não se pode interpretar também contra a manifesta vontade das partes. Mas considera-se mais a intenção nelas consubstanciadas do que o sentido literal da linguagem e, conseqüentemente, não há nem o dogma da declaração, pois a declaração prevaleceria sobre tudo, nem o dogma da vontade, em que a vontade interna é que teria prevalência absoluta.

Nas disposições gerais, os senhores observem que a estrutura do tratamento do negócio jurídico foi diferente da estrutura dada pelo Código Civil. Aqui a estrutura inicia com disposições gerais, em que se começa com alusão aos requisitos de validade. Em seguida, trata-se de problemas que se relacionam à manifestação de vontade e à interpretação dessa manifestação de vontade; a seguir vem, um capítulo relativo à representação, que no anteprojeto original, tratava tanto da legal quanto da convencional, mas que, por maioria, a comissão revisora daquela época entendeu que devia tratar apenas da representação legal, e não da convencional, remetendo esta, como é da nossa tradição, ao contrato de mandato. A repre-

sentação é insita ao contrato de mandato, ao contrário de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o sistema jurídico romano em que não havia essa vinculação entre a representação e o contrato de mandato.

A seguir, vem o tratamento da condição, do termo e do encargo, porque são autolimitações à vontade. E tanto são autolimitações da vontade que, tradicionalmente, denominam-se elementos acidentais. Contudo, a qualidade de acidentalidade eles só têm enquanto são abstratos, pois no momento em que o negócio é celebrado sob condição a termo ou é praticado com encargo, esses chamados tradicionalmente elementos acidentais se tornam essenciais, porque são autolimitações da vontade. Portanto, vem uma seqüência lógica, depois de se tratar dos requisitos de validade, sumariamente; da manifestação de vontade; da interpretação da vontade; da representação (que diz respeito também à vontade), vem a disciplina dessas cláusulas que autolimitam a vontade. Em seguida vem o tratamento dos defeitos do negócio jurídico para, posteriormente, vir um capítulo concernente à invalidade do negócio jurídico. E, finalmente, já não mais no título negócio jurídico, vem o título II - Dos Atos Jurídicos Lícitos - justamente para caracterizar a diferença entre os outros atos jurídicos que não são negócios jurídicos.

Com relação à disciplina do Negócio Jurídico, temos, nas disposições gerais, que atentar para as seguintes inovações: em primeiro lugar, a reserva mental, do artigo 110: "A manifestação de vontade subsiste, ainda que o autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o que o destinatário tinha conhecimento." Há uma circunstância que é importante observar: aqui, em rigor, se considera esse negócio jurídico como inexistente. Por isso mesmo não se acatou uma das críticas que fizeram no sentido de que deve ser nulo. Tanto que não se disse que essa manifestação de vontade, quando o destinatário tiver conhecimen-

to da reserva mental, acarretaria a nulidade. Mas sim: subsiste, se não tiver conhecimento e não subsiste, ou seja, não se forma, se tiver esse conhecimento. Ao contrário do que vai ocorrer com a simulação, onde também há falta de vontade.

Então, a reserva mental é um caso de falta de vontade, como a simulação. Contudo, na reserva mental não há o acordo de vontade entre os simulantes, sendo portanto uma circunstância unilateral, enquanto que na simulação há sempre o acordo entre os simulantes. Lá há uma aparência que se cria. Daí a razão pela qual se considerou que deveria ser tratada como nulidade propriamente. É certo que, a não ser nesse dispositivo, eu, pelo menos não encontro nenhum outro em que se trate de inexistência, não naquele sentido que é realmente difícil de se determinar o que seja, em matéria de negócio jurídico em geral, um negócio jurídico inexistente, tendo em vista o fato que geralmente se diz: "são aqueles negócios em que falta um elemento material." Aqui é muito diferente do que ocorre com o casamento, que é um ato entre um homem e uma mulher. Assim, o fato de duas pessoas do mesmo sexo se casarem é considerado um casamento inexistente, assim como o casamento celebrado por delegado de polícia, por exemplo. Mas essa teoria da inexistência, em matéria de casamento sempre teve relevo, até pela diferença da inexistência com relação à nulidade. Nessa se exige, inclusive, uma ação declaratória de nulidade; enquanto que lá, a nulidade se confunde com a inexistência com referência aos seus efeitos, porém nesse tratamento aqui se falou em subsistência e insubsistência porque o ato não chega sequer a formar-se, tendo em vista que, quando uma parte declarou com reservas e a outra sabia dessa reserva, isso era como uma declaração jocosa de vontade, uma brincadeira ou uma representação teatral, em que ambas as partes sabem que aqui não há ato nenhum e, portanto, o negócio jurídico é absolutamente inexistente.

Por outro lado, tratou-se do silêncio, considerando que ele importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa. Daí seguem-se três regras de interpretação, sendo que uma foi retirada dos contratos. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente; isso, no Código Civil, estava nos contratos. E no artigo 113 (artigo mais importante com relação à interpretação), adotou-se a boa-fé objetiva, ou seja, aquela boa-fé preceptiva, que no nosso direito já vinha do artigo 131 do Código Comercial. Esse artigo também falava que os contratos comerciais também deviam ser interpretados conforme a boa-fé. Contudo a nossa doutrina em geral considerava que aquela era a boa-fé subjetiva, o que é um erro, pois a boa-fé subjetiva é ínsita ao sujeito.

Quando se fala que o negócio deve ser interpretado de acordo com a boa-fé, isso se traduz naquela boa-fé, chamada pela doutrina como boa-fé normativa, ou seja, aquela boa-fé que implica a regra de que os negócios jurídicos devem ser celebrados com lealdade, com transparência e, mais, que implica inclusive a possibilidade de o juiz considerar que, na declaração de vontade, ainda que ela seja lacunosa com relação a certos deveres, chamados deveres secundários ou instrumentais - como, por exemplo, o dever de custódia da coisa, embora no contrato não se aluda a isto como uma obrigação da parte; o dever de sigilo pelos segredos que se sabe em decorrência do negócio; o dever de permitir que se execute perfeitamente o contrato, por uma das partes - são deveres que, muitas vezes, não estão expressos no contrato, mas que decorrem justamente dessa boa-fé normativa, objetiva.

Conseqüentemente, coloca-se aqui que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração, dando ao juiz uma certa margem. Digo isso, mas não

para que cada juiz julgue de acordo com a sua cabeça e o seu conceito de justiça, até porque a coisa mais injusta do mundo é não saber, de antemão, qual o juiz que irá nos julgar e qual o conceito de justiça que ele tem.

O problema aqui, evidentemente, é de se aplicarem aqueles princípios, pois, obviamente, não é possível estabelecerem-se todos os deveres secundários que são os instrumentais, mas que se admitem como ínsitos a uma regra de lealdade entre as partes e de observância daquilo que lealmente se deve observar, em decorrência da celebração de um negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral.

Em seguida vem o tratamento da representação. É um capítulo novo, o Código Civil também não tem esse capítulo, onde se estabelecem princípios apenas com referência à representação legal. Como disse aos senhores, no anteprojeto também se aludia à representação convencional. Contudo a Comissão também não aderiu a isso e se manteve apenas uma disciplina sobre a representação legal, sendo que no artigo 120 se diz que na representação voluntária os requisitos e efeitos vêm na Parte Especial, que é justamente na disciplina do contrato de mandato. Nesse capítulo da representação, há a disciplina do contrato consigo mesmo. Há a disciplina do conflito entre representante e representado, sendo que com relação ao contrato consigo mesmo, os senhores encontram no artigo 117: “salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”. Parágrafo Único: “Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele a quem os poderes houverem sido substabelecidos.” De modo que é para pegar também o substabelecido atuando em lugar do representante.

Depois vêm as autolimitações da vontade. E aqui temos a condição, o termo ou encargo. Não se fala mais em modalidade de negócio jurídico. Isso na realidade não

são modalidades de negócios, mas autolimitações da vontade. Não há propriamente uma modalidade de negócio sob condição. É um negócio cuja vontade é autolimitada pela condição. Com referência a esse tratamento, destaco que o artigo 121 diz: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.” Aqui, portanto, estamos em uma concepção subjetiva, condição como cláusula, e não o conteúdo dessa cláusula, mas em seguida, vem o aspecto objetivo, subordinado ao efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. E declarou-se expressamente que só há condição quando ela deriva exclusivamente da vontade das partes. As chamadas **condiciones iuris**, as condições de direito, não são condições, mas requisitos de eficácia do negócio jurídico, mas não condições no sentido técnico, por isso tirou-se do novo Código Civil a condição tácita, a qual é requisito, não é condição. Por outro lado, disciplina-se a invalidade das condições incompreensíveis ou contraditórias, o Código Civil não trata disso.

Com relação ao encargo ou modo, nesse capítulo, disciplina-se o problema de encargo ilícito ou impossível em que se considera não anulável o negócio, mas como não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir um motivo determinante da liberalidade. Vejam os senhores: aqui não se usa a expressão causa, pois o Código novo continua a ser anticausalista, por isso mesmo é que no artigo 90, do Código Civil de 1916, onde antes se falava em causa determinante, modificou-se também para motivo determinante.

Em seguida vêm os defeitos do negócio jurídico, onde se incluem duas figuras novas com relação ao Código de 1916, que são o estado de perigo e a lesão. Aqui, no tratamento do erro, há algumas modificações sendo que se disciplina especificamente o chamado erro de direito, que não se confunde com aquela que alguns dizem presunção, dizem outros ficção, de que a ninguém é

dado ignorar a lei, porque o erro aqui é considerado como elemento capaz de invalidar o negócio jurídico para que se respeite a lei, e não para que se viole a lei. É aquele caso de um negócio jurídico em que se compra um terreno para se erguer uma fábrica. Ambas as partes sabem disso, mas ignoram que há uma postura municipal que proíbe que naquele local se edifiquem fábricas, portanto nesse caso se admite (é a teoria clássica do erro de direito) a invalidade do negócio pelo erro de direito. Por outro lado, o erro de cálculo apenas autoriza a retificação da autorização de vontade.

Em seguida vem o dolo, vem o tratamento do dolo em que se continua a observar aquela diferença entre o dolo acidental e o causal.

Depois vem o tratamento da coação, em que se admite a coação que diz respeito à pessoa não pertencente à família. Os senhores vão observar que o novo Código concede ao juiz grandes poderes, inclusive várias cláusulas gerais, até a boa-fé objetiva, justamente por isso não é possível o tratamento pormenorizado normativo de uma série de condutas, de uma série de atitudes, de uma série de atos.

Pois bem, então se admite que haja coação quando a ameaça diga respeito a terceiro que não seja pertencente à família do paciente, cabendo ao juiz verificar se, no caso, realmente, ocorre essa ameaça. Aqui continua a coação como vício, compulsiva, e não, portanto, como coação física, que é falta de vontade.

Por outro lado, há um dispositivo que é bastante importante, o artigo 155 que diz: “Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto”.

O Código Civil, neste caso, anula o negócio jurídico. No novo Código preserva-se o negócio, estabelecendo-se perdas e danos para aquele que foi o causador. E se preserva o ato justamente porque a parte que aproveitou dessa co-

ação não tinha, ou não devia ter, esse conhecimento, portanto se preserva a sua boa-fé subjetiva e se preserva com isso o negócio.

O estado de perigo e a lesão são dois institutos novos que apresentam uma diferença: em um caso, há o estado de perigo em que não há possibilidade (como ocorre na lesão) de não se decretar a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. Por outro lado, na lesão, há a ocorrência da premente necessidade ou da inexperiência, ao passo que no estado de perigo é apenas a premente necessidade de salvar-se. E também, tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá se ocorre ou não essa figura do estado de perigo como defeito do negócio jurídico.

Na fraude contra credores, as modificações são pequenas. Ampliou-se o número de legitimados, admitindo que igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornaria insuficiente. Isso de maneira expressa se admitiu. Há pequenas modificações a esse respeito.

No capítulo concernente à invalidade do negócio jurídico, colocou-se a simulação, que deixa de ser defeito do negócio jurídico e, portanto, um chamado vício social do negócio jurídico, à semelhança, aliás, da fraude contra credores, que não é propriamente um denominado vício da vontade. Mas deixa de ser, porque aqui não ocorre propriamente vício, o que há é falta de vontade. E, conseqüentemente, acaba com simulação inocente, simulação não inocente, não importa o que seja.

Se a simulação é absoluta, o negócio jurídico se diz nulo, justamente porque há uma aparência da existência de negócio jurídico. E se a simulação é relativa, é nulo o negócio simulado e o negócio dissimulado poderá ser válido se se admitir a sua validade conforme a figura que ele represente. Portanto, neste caso, continua-se a admitir simulação inocente. É o caso, por exemplo, de alguém fazer uma doação a um amigo

que era muito rico e ficou pobre e que não quer com isso parecer que está dando esmola. Então ele faz essa doação simulando uma compra e venda - o que o Código Civil chamava de simulação inocente - mas que, obviamente, continua a ser admitida, pois é nula essa simulação que é relativa porque na realidade o que vai valer é o contrato de doação, o negócio jurídico dissimulado.

Por outro lado, também acaba com aquela regra de que um simulante não pode opor-se a outro simulado, o que cria problemas. Por exemplo, com relação a negócio usurário, lembro-me de que tive um recurso extraordinário em que a saída foi a Súmula 400. Hoje essa é a súmula mais odiada, contudo, naquela época, foi a súmula mais genial que o Supremo fez em toda a sua história, quando falava em negativa de vigência e não, em contrariedade. Ele dizia que se a interpretação for razoável, não for absolutamente desarrazoada, não é negativa de vigência. Então, como não falava em contrariedade que diz respeito à interpretação - hoje o STJ fala em contrariedade ou negativa de vigência, de modo em que aí se afasta a Súmula 400 por causa da contrariedade - contudo naquele tempo era diferente - a saída que se teve em um caso de simulação para dissimular um negócio usurário foi justamente a de que parte da doutrina, pelo menos, e me lembro de que até foi citado o meu professor de algumas aulas, que foi um dos Desembargadores que mais honraram esse Tribunal, o Desembargador Serpa Lopes. Ele sustentava que embora o Código falasse que um simulante não podia se valer da simulação para subtrair-se aos efeitos do negócio simulado, nesse caso, tendo em vista a gravidade do vício, da nulidade decorrente de um negócio dissimulado usurário, era de admitir-se que houvesse a possibilidade dessa invocação de simulação por um simulante; porém isso tudo acabou. Hoje é considerado nulo, e não inexistente. Em rigor deveria ser inexistente, contudo é considerado nulo porque há essa aparência decorrente de um acordo de

vontades e, conseqüentemente, por isso é que se fala em nulidade.

Por outro lado, ainda com relação a esses defeitos, há o artigo concernente à conversão do negócio jurídico. O artigo 170 admite que o negócio jurídico nulo possa ser convertido, se tiver os requisitos de outro negócio que seja válido. Acaba com a imprecisão técnica do Código Civil que fala em ratificação em matéria de anulação, quando na realidade, ratifica-se, dando poderes que não foram dados em matéria de representação, e se adota a técnica mais moderna, que é a da confirmação ou não do ato.

Com relação à nulidade, acaba o problema da prescrição de nulidade. Não há prescrição de nulidade e nem de anulabilidade. Isso sempre foi dito com relação ao casamento. Porém, com relação ao negócio jurídico, há até uma súmula do Supremo dizendo que prescrevem negócios nulos em vinte anos. Contudo, isso é uma errônea porque nesse caso não existe violação de direitos subjetivos e, conseqüentemente, não há nenhuma pretensão decorrente dessa violação. Logo, não há prescrição nenhuma tendo em vista a circunstância de que aqui não se viola direito de outro. Apenas o que há é um fato que vicia e, portanto, invalida um negócio celebrado entre as partes. Por isso, em matéria de anulação, o prazo passa a ser de decadência. Tanto que diz o artigo 178: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: (...)” Enfim, aqui se mantêm aquelas regras que, pelo Código de 1916, se aplicam com relação à prescrição. Mas é prazo de decadência. E os senhores irão observar uma circunstância: na Parte Geral tudo aquilo que for prazo de decadência vem expresso como prazo de decadência. O que não estiver expresso, mas estiver nos artigos concernentes à prescrição, tratar-se-á de prescrição.

E, mais ainda, para facilitar, no Código Civil todos os prazos da Parte Especial que não forem expressamente ditos prazos de prescrição, são de deca-

dência. Os prazos de prescrição são apenas aqueles mencionados na Parte Geral como: “são prazos de prescrição de tantos anos”.

Isso facilita obviamente o que no Código Civil sempre foi um problema sério. E mais, gerava-se, em matéria de casamento, nulidade e anulação - prazo de decadência; em matéria de negócio jurídico - prescrição.

Por outro lado, com relação ao negócio nulo, este não é sanável por decurso de tempo; o que pode ocorrer é a prescrição em decorrência, por exemplo, da restituição de alguma coisa paga em virtude de contrato nulo. Contudo, aí o problema é de prescrição, porque se trata do direito de obter restituição, e não problema decorrente da declaração de nulidade do negócio jurídico. Por isso é que se diz que o negócio jurídico não se sana pelo decurso de tempo.

A seguir vem o Título II - Dos Negócios Jurídicos Lícitos, a que já aludi, e o Título III - Dos Atos Ilícitos, em que há algumas alterações importantes: com relação aos atos ilícitos se retira do artigo 159 do Código atual, que fala: “violar direitos **ou** causar dano”.

No artigo 186 do novo Código Civil se coloca: “violar direitos **e** causar dano”, porque se trata de ato ilícito absoluto e este decorre justamente não de atos ilícitos relativos (como por exemplo o contrato), mas decorre daqueles atos que são absolutamente ilícitos, ou seja: são violações de direito subjetivos que se opõem contra todos e por isso são chamados direitos absolutos. Então é por isso que se coloca “violar direito e causar dano”. Com a admissão da possibilidade de haver uma violação que não cause dano de natureza material.

Dispõe o artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Confesso aos senhores que quanto a esse problema do dano moral, sempre

fui um defensor dele antes de ser juiz. Depois, quando verificamos as dificuldades que há, e em matéria de dano moral, confesso-lhes que talvez seja herético, mas considero sempre que o efeito do dano moral nada mais é do que propiciar uma pena privada em favor da vítima. Só com uma diferença: é uma pena privada que é mais agravada ainda do que as penas privadas tradicionais que se limitam à pessoa do ofensor. Aqui essa pena privada se transmite aos herdeiros. Contudo, vejo como uma verdadeira hipocrisia se falar em reparação de dor ou em satisfação de dor. Pergunto o seguinte: um Rockefeller, por exemplo, poderia receber alguns milhões de dólares como dano moral em virtude da dor que ele sofreu por um neto seu ter sido atropelado? Isso para ele causa alguma alguma satisfação? Não. A única satisfação que teria, é ver punido aquele que o ofendeu. E isso, em última análise, traduz-se em, sem quaisquer tipos de hipocrisias que sejam, sentimento de uma certa vingança. Não a vingança do olho por olho, dente por dente, mas, pelo menos, a de ver punido aquele que causou o dano.

A grande dificuldade é quanto à fixação do valor do dano. Nos Estados Unidos, o indivíduo passa a vida inteira rezando para que alguém o ofenda para que ele enriqueça. Isso tem que ficar a critério do juiz e se espera que os juízes sejam suficientemente esclarecidos no sentido de não transformar isso em indústria.

Por outro lado, aqui se determina como ato ilícito a figura do **abuso de direito**. O artigo 187 diz: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A boa-fé aqui é a boa-fé objetiva.

Vêm agora a prescrição e a decadência. O novo Código tem um capítulo sobre a prescrição e outro sobre a decadência, baseado naquilo que já está se tornando clássico na doutrina em que

há decadência quando não há o cumprimento de um direito potestativo. Há prescrição quando há a violação de um direito subjetivo. E mais, por isso mesmo esses direitos potestativos são chamados de direitos sem pretensão porque não dão margem a uma pretensão. Ao passo que os direitos subjetivos são direitos com pretensão porque dão margem a uma pretensão. Então, por isso é que a nulidade e a anulação são prazos de decadência, enquanto que a violação de um direito de crédito, por exemplo, dá margem a um prazo de prescrição.

Por outro lado, adotou-se a figura da pretensão para fugir do problema de prescrever a ação ou o direito. Isso porque do direito decai-se, mas sabem os senhores que o direito subjetivo não desaparece integralmente quando ocorre prazo de prescrição, tanto assim que surge aquela figura tradicionalmente conhecida como a da obrigação natural. Isso, a meu ver, nada mais é do que a obrigação decorrente de um direito subjetivo enfraquecido que perdeu a sua virtualidade de ataque. E direito subjetivo enfraquecido que, em última análise, se vira um título justificativo da não-repetição no caso de prescrição se houver, por exemplo, um pagamento voluntário, se a parte quiser pagar, obviamente por isso não é um mero dever moral, daí a figura da obrigação natural, que se a parte quiser solver a sua dívida cuja pretensão esteja prescrita. Aqui não há direito de repetição, por quê? Porque continua a existir aquele direito subjetivo enfraquecido que atua como um verdadeiro título que legitima a não-repetição. E portanto legitima a transferência da propriedade, com relação ao objeto do pagamento, por não se tratar de dever meramente moral, mas de um dever jurídico decorrente dessa chamada obrigação natural. A meu ver, é um título justificativo da não-admissão da repetição no caso de o pagamento ter sido voluntário. E é por isso mesmo que se fala em pretensão.

O que é pretensão? Essa é uma das figuras mais difíceis de se conceituar.

Então diz-se que nasce a pretensão quando há a violação do direito subjetivo. Darei um exemplo que me parece bastante claro: há um contrato entre alguém e um pintor para que pinte o seu retrato. O pintor, então, começa a pintar, perde a inspiração e, como não quer jogar fora o seu nome, diz que não irá cumprir essa obrigação de pintar o retrato porque perdeu a inspiração e não pode fazê-lo. Então, como ninguém pode ser coagido a praticar um ato, consequentemente aquela prestação que era de fazer, por aquele pintor, no momento em que ele viola o direito subjetivo do que seria retratado, na realidade se transforma em uma prestação diversa, ou seja, em uma indenização se houver algum prejuízo ou, então, que o que seria retratado contrate a pintura do seu retrato por um outro pintor, pague a esse pintor e cobre do pintor primitivo aquilo que pagou ao que executou o seu retrato.

Isso, em última análise, é o que o autor Pontes de Miranda disse que a pretensão seria, uma ação civil. Por quê? Porque é aquela pretensão que levada a juízo deixa de ser ação civil, passando a ser ação de direito público, que é justamente a ação decorrente do direito que se tem de se exigir do Estado que este preste a jurisdição. (Essa prestação é jurisdicional no momento em que ingressa em juízo.) Contudo, enquanto isso não acontece, ela continua no terreno do direito privado, tanto assim que há necessidade de que a pretensão seja resistida, para que a proteção seja levada a juízo.

Conseqüentemente, a pretensão seria aquela modalidade de prestação diversa da anterior, em que ainda não havia a violação do direito subjetivo e que vai ocorrer quando houver essa violação. O que sucede inclusive nas dívidas em dinheiro com o problema do aumento em decorrência dos juros, dos juros de mora, enfim daquelas quantias que por ventura sejam punitivas em virtude da demora. Foi isso que se pretendu quando se disse no artigo 189 que,

“violado o direito, (...)” - que é o subjetivo, pois só este pode ser violado. Quanto ao direito potestativo, como sujeita a outra parte, não há que se falar em violação - “(...) nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, (...)” - o que se extingue é a pretensão, não é nem o direito subjetivo e nem a ação. Tanto que o autor Pontes de Miranda teve que interpretar a ação como ação civil, o que os alemães chamam de pretensão. E, conseqüentemente, quando se fala em ação, todos pensam em ação judicial. Contudo, está errado, pois a ação judicial sempre existe. Em última análise, pela teoria abstrata da ação, ela nada mais é do que o direito de pedir ao Estado, que venha prestar jurisdição, tenha ou não razão.

Por outro lado, há um capítulo sobre disposições gerais em que conserva muitas vezes o que há no Código de 1916: as causas que impedem ou suspendem e as que interrompem a prescrição. Em seguida, vêm os prazos de prescrição com aquela observação: só é prescrição aquilo cujo prazo estiver nos artigos 205 e 206. Tudo mais será decadência, salvo se expressamente se falar que é prescrição.

Por isso mesmo, falou-se em prazo de decadência na Parte Geral com relação à anulação do negócio jurídico. E fez-se a distinção entre decadência legal e a convencional. A decadência legal é aquela que pode ser invocada *ex officio* pelo juiz, enquanto que a convencional, não. Na decadência convencional, isso decorre da vontade das partes. É o caso, por exemplo, da retrovenda em que é possível se estabelecer um prazo de decadência inferior a três anos e portanto as partes podem renunciar a esse prazo, podem abrir mão dele e aí então se aplicará o prazo legal de três anos, que pode ser declarado pelo juiz de ofício tendo em vista que se trata de decadência legal.

Por outro lado, na decadência, salvo disposição em contrário, não se aplicam as normas que impedem, suspendem ou interrompem. Por isso mesmo,

diz-se que se aplica a decadência ao disposto nos artigos 195 e 198, inciso I, que diz respeito, por exemplo, a absolutamente incapaz, em que não deveria ocorrer a decadência.

E, finalmente, vem um título inteiro sobre prova. Considerou-se que, embora judicialmente o que deve regular a prova são seus meios de produção em juízo, a prova é ainda matéria de direito privado, tendo em vista que não se aplica apenas para as questões que estão em juízo, mas se aplica a todo e qualquer fato jurídico. Conseqüentemente, manteve-se isso e se estabeleceram alguns princípios novos. Vou aludir ao artigo 231 que diz: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.” E artigo 232: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.” Isso é tão importante que já houve no STF uma questão realmente interessante. Foi um *habeas corpus*, porque um juiz determinou que fosse conduzido sob vara um indivíduo para que se retirasse dele sangue para efeito de um exame qualquer do qual havia necessidade. E ele impetrou, então, um *habeas corpus*.

Sendo assim, deu-se um fato curiosíssimo: os liberais do STF admitiram e os conservadores por seis votos a cinco não admitiram, dizendo que ninguém podia obrigar a um indivíduo que diz que tem terror, pânico, de se ver espetado por uma agulha de injeção, a ser obrigado a fazê-lo. Nesse caso chega-se à conclusão de que se um indivíduo se recusa, isso funciona como uma verdadeira presunção contra ele e, portanto, com o ônus da prova transferido para ele, dificultando portanto a sua defesa.

Meus senhores, quando sou obrigado, portanto, a fazer uma análise genérica dessa natureza, faço sempre uma brincadeira dizendo que felizmente fiz uma façanha que é atravessar o Oceano Pacífico a nado. É claro que com todas

as deficiências dessa travessia. Muito obrigado.

DEBATES

Desembargador Humberto Manes

A primeira pergunta é sobre a capacidade e a incapacidade. Vamos usar a linguagem do Código de 1916, não é a sentença de interdição que cria incapacidade. Então, se o indivíduo estava louco, na terminologia do Código revogado e pratica um negócio jurídico, este será nulo. Se houver a sentença de interdição, claro está que o outro contraente nem poderá alegar que desconhecia essa situação de incapacidade. Contudo, vamos imaginar que alguém abra um jornal e leia um anúncio de uma venda de um apartamento e que, através de um corretor, vá até o imóvel e conheça o vendedor, naquele mesmo dia tire todas as certidões e mais tarde venha a saber que, embora não interditado, o vendedor é louco. Sendo assim, surgem dois problemas: de um lado, a tutela do interesse do incapaz, pois ele é louco. E, em segundo lugar, no outro prado da balança, a proteção a quem agiu de boa-fé dentro daquela situação de aparência. E para que lado penderá a balança dentro do Código Civil novo? Como resolveríamos esse problema hoje?

Ministro Moreira Alves

O problema se resolve como resolvemos hoje, ou seja: esse problema não foi tratado no novo Código Civil. Essa sempre foi uma questão realmente delicada, porque sem a interdição, sucede que há muito louco, doente mental e até retardado, que aparentemente não exterioriza isso.

O problema que surge é esse: perguntam se será nulo ou anulável? Até porque tem que se demonstrar que ele é louco. Será nulo mesmo ou isso é um ato que deverá ser anulado, e portanto há a necessidade de uma decisão que desconstitua esse ato?

É o problema que ocorre hoje. E perguntam por que o Código Civil não

tratou desse tema. Já imaginaram se o Código tratasse de todos os assuntos? Eu comentava aqui com meu colega: agora vem a hora da complicação! É a hora dos problemas que nos causam certas perplexidades. Confesso aos senhores que continuo com grandes dificuldades em uma série de institutos, pois não é possível dar disciplina a tudo. Até porque essa disciplina, para integrar um Código, precisa estar dentro daquelas que já se encontram devidamente estratificadas. Até hoje esse é um problema delicado, com relação ao qual não há estratificação alguma. De modo que, infelizmente, a resposta que posso dar é essa: continua o problema com relação ao novo Código Civil, porque se ele fosse resolver tudo, viraria aquele livrinho do imposto de renda com perguntas e respostas.

Lembro-me daquela anedota que contam do tempo de D. Pedro II. Diziam que ele foi ao antigo hospício na Praia Vermelha e que, lá chegando, encontrou um sujeito e começou a conversar com ele sobre literatura grega, literatura latina etc.. No final da conversa, o sujeito lhe disse que era um homem absolutamente normal, absolutamente são, e que os parentes dele o colocaram ali para dizer que ele era louco. Sendo assim, D. Pedro foi ao Juliano Moreira, que era o diretor, e disse que o homem era absolutamente lúcido e que havia conversado com ele quase uma hora, demonstrando uma cultura absolutamente invulgar. O diretor disse para D. Pedro que ele ainda não tinha visto quando aquele homem subia em uma árvore e cantava de galo.

Desembargador Humberto Manes

O Superior Tribunal de Justiça tem dado indenização por dano moral à pessoa jurídica. O que acha Vossa Excelência?

Ministro Moreira Alves

Confesso que quando deixar de ser Ministro do Supremo - para que não digam que há uma rivalidade entre os

antigos Ministros do Supremo que também julgavam a respeito de todas as matérias, confesso aos senhores que era o Supremo dos meus sonhos, porque não ficávamos apenas com a aplicação do artigo tal da Constituição, parágrafo tal - e ficamos praticamente apenas no terreno publicístico, que me perdoem os publicistas, mas reservo-me o direito de que, quando me aposentar no ano que vem, dar a resposta a respeito do que penso sobre esse problema.

No novo Código Civil se diz expressamente que há direito de personalidade. Dispõe o artigo 52: “Aplica às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.” De modo que este é um dispositivo que trata de um aspecto que é, de certa forma, polêmico, por isso mesmo é que diz “no que couber”.

Desembargador Humberto Manes

Lembro-me de que o autor José de Alencar, no livro “**A hipoteca**”, reclamava da solução então vigente de uma pessoa construir, em um pântano, um castelo, mas pelo ordenamento vigente a construção seria um acessório em relação ao solo, que seria o principal. Daí surgiram várias conseqüências e o Código de 1916 consagrou essa regra. O autor San Tiago Dantas reclamou disso e propôs uma outra solução: quando se demonstrasse que a construção seria de um valor maior do que o do solo, este passaria a ser o acessório. Isso aconteceu em uma rua nobre do Leblon em que um cantor comprou um terreno, foi para a Alemanha, onde ficou mais de um ano e contratou uma empresa que, por engano, construiu o palacete no terreno do vizinho. Quando ele retornou, o conflito já estava armado. Como podemos resolver isso hoje? Será que poderíamos aplicar esse esquema?

Ministro Moreira Alves

O Código Civil trata realmente desse aspecto, contudo, esqueceu um outro muito mais comum, porque esses aspec-

tos são quase que anedóticos, são aspectos raríssimos, obviamente. O aspecto sério é aquele em que há uma invasão. Por exemplo, um prédio de cinquenta andares que invade dez centímetros do terreno do vizinho. Pelo Código Civil, ele passaria a ser o principal e o terreno, o acessório. O novo Código acabou com o problema de acessório e principal nesse caso, da inversão, e se estabeleceu no Direito das Coisas - de que foi incumbido o Desembargador Ebert Vianna Chamoun - o princípio de que, quando isto ocorresse, se houvesse boa-fé por parte do construtor, então haveria um tipo de indenização e, conseqüentemente, passaria a ser proprietário daquela faixa que foi construída. Se houvesse má-fé, então haveria também uma indenização decuplicada e com uma série de agravantes decorrentes justamente do princípio da má-fé. Mas se estabeleceu portanto que, nesses casos, haveria não propriamente que transformar o principal e o solo passaria a ser acessório, mas se entendeu de resolver o problema com base na indenização para o efeito de preservação da coisa de maior valor.

Porém não se tratou dessa conversão, justamente pela circunstância de que se considerou que essa hipótese é daquelas que dariam margem a uma indenização conforme houvesse boa-fé ou má-fé, até por aplicação analógica desse outro princípio. E, conseqüentemente, seria uma forma de punir, embora mantendo sem que se declarasse aquela modificação de considerar que o valor do prédio poderia ser maior do que o valor do terreno, o que às vezes também é um problema, porque em curto prazo de tempo, às vezes, pode ocorrer o contrário. E quando suceder o problema de os dois terem o valor parecido, como se resolve? Será que a regra da inversão deveria ser aplicada?

Por isso é que se afastou esse princípio, considerando, inclusive, que casos dessa natureza são absolutamente raros. São casos, não digo anedóticos, mas são aqueles de academia, não são casos que ocorram na vida prática, em-

bora, vez por outra, possam ocorrer como, por exemplo, o casamento de um homem com homem ou de uma mulher com outra, enquanto o casamento for ainda um instituto em que a união ocorra somente entre um homem com uma mulher.

Desembargador Humberto Manes

Outra pergunta: Entre os requisitos do negócio jurídico, lembro-me de que Vossa Excelência estudou também o problema da legitimação ou legitimidade, mas, como não se prende a uma sistematização, não foi colocado na Parte Geral. Então entendo que na Parte Especial, em cada texto de legitimação, o novo Código enfrenta a questão realmente. E no tocante da venda a descendente, sempre houve uma grande discussão sobre a conseqüência da não autorização de um dos descendentes para a prática do ato. Recordo-me de que há um acórdão antigo do STF, do Ministro Aliomar Baleeiro, mostrando que o ato era nulo, o que impediria a confirmação do negócio, porque ele declarou que era nulo. Há os que sustentam que é ineficaz; outros, que simplesmente é anulável e que permitiria a confirmação. Foi por isso que o Código preferiu adotar como causa de anulação. No Código antigo era o art. 1.132.

Ministro Moreira Alves

O que está se sucedendo é que, na Parte Geral, não se tratou do problema da ineficácia, mas se observa que há vários artigos que dizem: “essa situação é de ineficácia” ou “essa situação é de anulação”. Por outro lado, esse problema do pai com relação aos filhos, ascendentes com relação a descendentes, é tão sério que no Supremo houve uma grande discussão, se eu não me engano eu pertencia à Segunda Turma e fui, afinal, voto vencedor da seguinte hipótese: um pai obteve a anuência de dez ou onze filhos, que o casal tinha, no sentido de vender o bem a um deles. Acontece que, posteriormente, a esposa do vendedor e, portanto, a integrante do casal (que não sabia

que já havia, no momento em que foi efetuada aquela venda, concebido uma criança), dá à luz uma criança e, vinte e um anos depois, essa criança se torna maior e entra com uma ação de ineficácia daquela venda, dizendo que já era concebida e, portanto, tinham que ter nomeado um curador do ventre para que ele manifestasse a anuência por ela. E por três a dois, fui voto vencedor, mas houve pedidos de vista no sentido de considerar que não havia nenhum cômodo do nascituro para esse efeito. Então, considerou-se que é anulável, foi para, possivelmente, permitir o problema da confirmação, que é bem mais lógico do que a ineficácia, tendo em vista que posteriormente aqueles que não anuíram, porque não lhes foi perguntado, venham a fazê-lo.

Para concluir, quero salientar que não se seguiu estritamente, com esse problema de anulação, por exemplo na fraude contra credores, o problema de se saber se havia inoponibilidade ou se havia anulação. Seguiu-se a anulação justamente por questões de conveniência prática, tendo em vista a disciplina do Instituto. Embora, teoricamente, possa ser discutível. E isso, obviamente ocorre, pois um Código também não é simplesmente um repositório de doutrina rigorosamente pura, é necessário atender a aspectos de conveniência, por isso mesmo é um ato político.

Desembargador Humberto Manes

É como na Lei de Falência em que se diz que é inoponível em relação à massa...

Ainda dentro dessa distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito, só conheço no Brasil um civilista contrário a isso, o Prof. Paulo Cavalcante, salvo engano. Pode ser difícil a distinção, mas que ela existe, existe. E aí vem a indagação que me formularam: A empresta a B determi-

nada quantia e estabelece que a dívida é de natureza quesível. Na data marcada, A não procura B para receber a quantia devida. Indaga-se: quando nascerá a pretensão?

Ministro Moreira Alves

No momento em que foi violado o direito subjetivo do credor. E quando é que ocorre? O problema vem da inexecução relativa e da inexecução absoluta. Conseqüentemente, se a dívida ainda tiver algum interesse para o credor, haverá apenas mora. Caso contrário, haverá o inadimplemento absoluto e aí não há dúvida alguma de que há a violação do direito subjetivo e, portanto, corre prescrição.

Desembargador Humberto Manes

Há cerca de quarenta anos, li uma petição inicial de uma ação rescisória referente ao direito das sucessões. Distribuído o feito, caiu com o Desembargador Alcino Pinto Falcão como relator, que proferiu o seguinte despacho: "Cite-se, todavia, dado o brilhantismo em que foi redigida a petição inicial, dificilmente a contestação poderá ter êxito". Então indago ao Ministro Moreira Alves: Quem redigiu essa petição inicial?

Ministro Moreira Alves

A resposta cabe àquele que expôs esse fato e, conseqüentemente, uma das duas: ou não sabe quem foi e, portanto, eu também não saberia, ou sabe quem foi e, conseqüentemente, deve decliná-lo.

Desembargador Humberto Manes

Foi o então jovem advogado Moreira Alves. Li essa petição no Departamento Jurídico do Banco do Brasil em 1962. O Des. Pinto Falcão proferiu esse despacho, e a ação acabou logo ali. 